

מי נפגע?

אזרח

מוקנות לו כל הזכויות.

תושב

- מגיעות לו כל זכויות האדם וכן זכויות לפי חו"י חופש העיסוק.
- פרט לאי זכאותו להיכנס לישראל מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל – לפיו לשר הפנים אסור לתת אזרחות לתושבי עזה ויו"ש (למעט ישובים ישראליים) וכן לתושבי סוריה, עיראק, איראן ולבנון.
- פרט לאי זכאותו לבחור ולהיבחר מכוח חו"י הכנסת:
 1. ס' 5 הזכות לבחור – "כל אזרח בן 18 ומעלה..."
 2. ס' 6 הזכות להיבחר – "כל אזרח שביום הגשת המועמדים הוא בן 21 ומעלה..."

זר

- יחולו עליו כל זכויות האדם לפי חו"י כבוד האדם וחירותו.
- לא יחול עליו חו"י חופש העיסוק – חל רק על אזרח או תושב.

מי פוגע?

גוף ציבורי

הגדרה: הוקם מטעם הממשלה (המדינה שולטת בפועל).
תחולה: תחולה ישירה (אנכית) של עקרונות המשפט הציבורי.

גוף דו מהותי

- הגדרה: גוף בעל דואליות נורמטיביות, הזזת קו הגבול המפריד בין גוף פרטי לבין גוף ציבורי.
- תחולה: תחולה אנכית / תחולה עקיפה. קסטנבאום.
- מאפיינים מצטברים לקביעת גוף דו מהותי: מיקרודף וקסטנבאום:
1. גופים בעלי **סמכויות סטטוטוריות** (שלטוניות, מכוח חוק).
 2. גופים שהם **מונופול**.
 3. גופים המספקים **שירות חיוני**.
- סייגים בפסיקה-
- חברה ציבורית לא חייבת לקיים את 3 התנאים כדי להיחשב כגוף דו-מהותי. שמגר בקסטנבאום.
 - מספיקה **סמכות סטטוטורית** כדי שגוף יחשב לדו-מהותי. ברק בקסטנבאום.

גוף פרטי

תחולה:

- תחולה ישירה (לא התקיים בפסיקה).
 - תחולה עקיפה –
 - דרך מושגי שסתום כמו תקנת הציבור – ברק בקסטנבאום.
 - דרך תניה מקפחת בחוזה אחיד – ברק בקסטנבאום.
 - דרך תו"ל במו"מ – ברק ושמגר בבית יולס.
- סייגים בפסיקה:
- אין להטיל חובת שוויון במשפט הפרטי – הגבלה לא לגיטימית על חופש החוזים. אלון במיעוט בבית יולס.
 - אין להחיל נורמות מהמשפט הציבורי בקשר מסחרי מובהק. במשפט הפרטי יש בכורה לזכויות הפרט. דנציגר בפרוז'אנסקי.

בעל תפקיד ציבורי

ח"כ

לעניין הסרת חסינות:

ס' 17 לחו"י הכנסת: "לחברי הכנסת תהיה חסינות, פרטים יקבעו בחוק."

- **חסינות דיונית:** על מעשה שנעשה מחוץ למסגרת התפקיד.
ניטלת אוטומטית עם הגשת כתב אישום מטעם היועמ"ש. ניתן להחזירה בהגשת בקשה לוועדת הכנסת, החלטה של הוועדה להסיר תהיה סופית. המלצה של הוועדה להחזיר תעבור להצבעה של מליאת הכנסת. החלטת הכנסת תהיה סופית. הוועדה מוסמכת לשקול את השיקולים הבאים (ס' 4 לחוק חסינות חברי הכנסת):
 - העבירה נעשתה במסגרת החסינות העניינית.
 - כתב האישום הוגש שלא בתום-לב או בהפליה.
 - ננקטו נגד הח"כ הליכים משמעותיים פנימיים ואי ניהול הליך פלילי לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי.
 - כתב האישום יגרום נזק של ממש לתפקוד הכנסת, ועדותיה או ייצוג הבוחרים, ובתנאי שלא יגרם נזק לאינטרס הציבורי.
- **חסינות עניינית:** על מעשה שנעשה במסגרת התפקיד (למשל הבעת דעה). לא ניתן ליטול אותה.
* מקרים אשר נכללים במסגרת חסינות עניינית (במידה ונעשו באופן אקראי בלבד): שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי; כמדינה דמוקרטית; הסתה לגזענות; תמיכה במאבק מזוין.

הבחנה בין חסינות דיונית לעניינית:

- ברק בתנועה לאיכות השלטון** (גורלובסקי) - שלושה מבחנים האם הפעולה נעשה במילוי תפקיד (עניינית):
- מבחן מתחם הסיכון המקצועי (הלכה) - אם הפעולה נעשתה בגדר המתחם.
 - מבחן הזיקה המהותית - אם הפעולה מהווה קשר מהותי לתפקיד.
 - מבחן הרלוונטיות - אם הפעולה רלוונטית למילוי התפקיד ומשרתת את התהליך הדמוקרטי.

חסינות וועדת האתיקה:

- חסינות עניינית לא מונעת מוועדת האתיקה הטלת סנקציות על ח"כ - **ברק במח'ול**.
- ועדת האתיקה רשאית להפעיל סנקציות נגד ח"כ גם אם פעולתו קרתה מחוץ למשכן הכנסת (למשל בתקשורת) - **נאור בזועבי**.

לעניין בחירות לכנסת:

בעבר לפני התיקון -

- ניתן לפסול רשימה אם היא מאיימת על קיום המדינה גם אם אין הסמכה בחוק - **אגרנט וזוסמן בירדור. כהן במיעוט** - אין הסמכה מפורשת ואין סכנה ממשית.
- ניתן לפסול רשימות רק אם מאיימות על קיום המדינה - **אלון, בייסקי ושמגר בנימן. ברק** קבע כי ניתן לפסול רק במקרה של הסתברות כי הרשימה תצליח לממש את מטרותיה. **שמגר** קבע כי לא ניתן לפסול כל עוד לא מעוגן בחקיקה. אם היה מעוגן אין צורך בוודאות אלא בקרבה לוודאות.

*תיקון לס' 7א לחו"י הכנסת: ניתן למנוע מרשימה/אדם להשתתף בבחירות לכנסת במקרים של -

- שלילת קיומה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית.
 - הסתה לגזענות.
 - תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור כנגד מדינת ישראל (תמיכה בפעולות טרור לא מספיקה - **טיבי**).
- (הוכר גם עבור מפלגות ורשויות מקומיות).

פסילה פרטנית של אדם מרשימה תעבור באופן אוטומטי לביהמ"ש העליון, שם לא תיבחן סבירות כמו במקרה רגיל אלא המקרה עצמו ייבחן מחדש.

ברק בטיבי - יש לפרש בצמצום את חוק המפלגות ובהרחבה את חו"י הכנסת. מניעה של הקמת מפלגה בכלל היא פגיעה גדולה, לעומת זאת, מניעת השתתפות בבחירות היא פחות רדיקלית. **חשין** - אין הבדל בין החוקים.

שלמה לזין בבן שלום - הגדרת המינימום של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי:

- קיום רוב של יהודים במדינה.
- העדפה על פני אחרים בהגירה.
- קיום זיקת גומלין בין המדינה ליהודי התפוצות.
- הכל ברוחה של מגילת העצמאות.

צ'קליסט חוקתי 2022
אביב יאנקס (*והאסיסטנטית גל בניין) לפי שיר טרי

חשין באיזקסון – אין סתירה בין "מדינת כל אזרחיה" לבין מדינה יהודית. לא נוגד את הלאום. * **גידי** טוען כי הוא מיתמם.

בדבר התבטאויות השוללות את קיומה של מדינת ישראל, ביהמ"ש מגנה אך מאפשר ולא פוסל – **טירקל בארליך, לוי בבל"ד**.

לעניין הדחת ח"כ:

ס' 42א(ג) **לחוי"ה הכנסת** מאפשר לכנסת להחליט ברוב של 90 ח"כים על בסיס בקשה של 70 ח"כים (מתוכם 10 לפחות בסיעות שאינן צדדים להסכמים המחייבים תמיכה בממשלה), לפטר ח"כ מכהן בהתקיים העילות הבאות:

- הסתה לגזענות.
- תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או ארגון טרור כנגד מדינת ישראל.
- בעניין **ג'בארין** נדחתה עתירה נגד חוקתיות החוק. **סולברג** קבע שהזכות לבחור ולהיבחר ממילא מוגבלת ומדובר בהגבלה נוספת.
- **חיות** קבעה שהחוק לא מהווה פגיעה מהותית בעקרונות היסוד של השיטה.

שר/סגן שר

לעניין הסרת חסינות או הדחה: בדומה לח"כ.

לעניין פיטורים:

בחוק –

- שר – ס' 23 **לחוי"ה הממשלה** – אם ביהמ"ש מרשיע וקובע שיש בעבירה קלון – נפסקת הכהונה באותו יום.
- סגן שר – ס' 27 **לחוי"ה הממשלה** – אם ביהמ"ש מרשיע וקובע שיש בעבירה קלון – נפסקת הכהונה באותו יום.

בפסיקה –

- שני הסדרים שנקבעו על ידי ביהמ"ש טרם להסדרת הנושא בפסיקה (ספק לגבי הרלוונטיות שלהם כיום) –
- **זמיר בתנועה לאיכות השלטון (דרעי 1)** – אם הוגש כתב אישום חמור כנגד שר/סגן שר, ההחלטה שלא לפטר אותו ע"י רה"מ עולה כדי אי סבירות קיצונית. במקרה זה "רשאי" הופך ל-"חייב". ביהמ"ש יכול להורות לרה"מ לפטר.
 - **ברק באמיתי (פנחסי)** – כשיש חוסר אפשרות להגשת כתב אישום כנגד שר/סגן שר בגלל החסינות הדיונית, אמון הציבור עלול להיפגע, והסמכות לפטר הופכת לחובה לפטר. ביהמ"ש יכול להורות לרה"מ לפטר.

הגבלות על הסמכות לפטר שר מתפקידו:

- ס' 22(ב) **לחוי"ה הממשלה** מסמיך את רה"מ לפטר שר משרי הממשלה.
- **ברק בפוקס** – יש לאזן בין שני אינטרסים לעניין סבירות החלטת רה"מ לפטר שר – (א) שמירה על הדמוקרטיה (כל שר מייצג מפלגה) (ב) תפקוד תקין של הממשלה בראשות רה"מ. האיזון הראוי: ניתן לפטר שר רק בכדי לקדם את פעילות הממשלה (האינטרס הציבורי).

לעניין אי מינוי: (רלוונטי רק לשר)

- ס' 6(ג) **לחוי"ה הממשלה** קובע תקופת צינון של 7 שנים מעבירה שיש בה קלון ועונש מאסר לפני שאדם יוכל להתמנות לשר.
- **חשין בתנועה לאיכות השלטון (הנגבי 1)** – אין בהגשת כתב אישום כדי להכריע אי מינוי חבר ממשלה, צריך תשתית ראייתית.
- **גרונים בתנועה לאיכות השלטון (הנגבי 2)** – אם ישנה כשירות לפי ס' 6(ג) אין פגם בשיקול הדעת למנות שר. **עמית** – שילוב שק"ד יחד עם כשירות.
- **חיות ומלצר בתנועה לאיכות השלטון (דרעי 2)** – שילוב שק"ד יחד עם כשירות, יש לתת שק"ד רחב לרה"מ וביהמ"ש לא יתערב.

יועמ"ש

סמכויות:

- ראש התביעה הכללית.
- ייצוג רשויות השלטון בהחלטות שיפוטיות.
- יועץ משפטי לממשלה ולרשויות השלטון.
- אחראי על ההגנה על האינטרס הציבורי וקידום שלטון החוק.

סמכות הייצוג – מייצג את הממשלה בהליך פלילי. בהליך אזרחי – הוא או ב"כ; יכול להשמיע בפני ביהמ"ש את חוות דעתו המשפטית ולהתנער מאחריות על פעולת רשות שלטונית הנוגדת את חוות דעתו; רשאי (ולעתים צריך) להציג בפני ביהמ"ש גם את עמדת הרשות.

צ'קליסט חוקתי 2022
אביב יאנקס (*והאסיסטנטית גל בנין) לפי שיר טרי

סמכות הייעוץ – ועדת אגרנט קבעה כי הממשלה רשאית לנהוג שלא לפי עצת היועמ"ש. זאת רק לאחר שהביאה בחשבון כי חוות דעתו משקפת את המצב המשפטי כל עוד ביהמ"ש לא אמר את דברו. במקרים חריגים רשאי להתיר לממשלה להיות מיוצגת ע"י עו"ד מטעמה.

- במצב דברים בו הפרקליטות מייצגת את הרשות בלבד, על היועמ"ש להציג את תפיסתו המשפטית שלו – **ברק באמיתי**.
- היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת ואין מקום להשמיע את עמדתו החולקת של רה"מ – **מצא בדרכי**.
- באם היועמ"ש ונציגיו לא מאמינים בחוקיותה של החלטה, עליהם לדאוג לכך שהרשות שקיבלה את ההחלטה תקבל ייצוג אפקטיבי ע"י אחר, במסגרת חופש הביטוי בהליך השיפוט – **שטיין באמיתי נ' שר המדע**. ***סייג**: **קרא במיעוט** מתנגד לכך וקובע כי עמדת המדינה יוצגה ע"י היועמ"ש וכך צריך להיות.

*לשים לב לא להתבלבל עם יועמ"כ! (לא למדנו אבל לא להתבלבל במבחן). יכול להיות שניתן להחיל עליו אותם דברים.

דרך מה תוקפים?

- תקיפה ישירה: **לוי** במיעוט במדינת ישראל נ' ביה"ד הארצי לעבודה – אם רוצים לעתור נגד חוקתיות חוק יש לפנות לבג"צ.
- תקיפה עקיפה: **אור** במדינת ישראל נ' ביה"ד הארצי לעבודה – אם לביה"ד הארצי יש סמכות לדון בעניין מסוים, קמה לו סמכות נגזרת לדון גם בחוקתיות חוק. **נאור** בתיכון האורתודוקסי – יש לפנות לביה"ד הרלוונטי (עניינים מנהליים) ולא לבג"צ.

את מה תוקפים?

שינוי ופגיעה של חו"י

איך יודעים שחוק הוא חוק יסוד?

- **שמגר בבנק המזרחי** – **מבחן צורני**: הכותרת + אין שנת חיקוק. **מבחן מהותי**: תוכן החוק מתאים לחו"י.
- **ברק בבנק המזרחי** – כאשר הכנסת נותנת לחוק את הכותרת חוק יסוד.

ההבדל בין שינוי לפגיעה

- **שינוי**: קביעת חדש תחת ההסדר הישן שבחוק היסוד – **ביניש בדרור לישראל**.
- **פגיעה**: סטייה לעניין מסוים מהעקרון הקבוע בחוק היסוד – **ביניש בדרור לישראל**.

איך משנים?

ברק ושמגר בבנק המזרחי – באמצעות חוק יסוד בלבד. אם יש שריון פורמלי, זה תנאי נוסף מצטבר לחקיקת חוק היסוד החדש.

איך פוגעים?

- **ברק בבנק המזרחי** – בפרוצדורת הפגיעה הקיימת בחוק היסוד. ואם לא קיימת, אז באמצעות חוק רגיל, שמציין במפורש שהוא פוגע בחוק היסוד.
- **שמגר בבנק המזרחי** – בפרוצדורת הפגיעה הקיימת בחוק היסוד. ואם לא קיימת, בחוק יסוד בלבד.
- **ברק בהופנונג** – ניתן לייבא פסקת הגבלה שיפוטית לפגיעה בחוקי יסוד שאין להם שריון מהותי. (הפך להלכה: **מצא במופז** לגבי חוק שאינו חוק יסוד).
- **חיות בגוטמן** – פסקת ההגבלה השיפוטית ניתנת לשימוש גם בחוקים בעלי שריון פורמלי.
- **ביניש במרכז האקדמי** – השאירה בצ"ע ייבוא פסקת הגבלה לחו"י אשר אינו דן בזכויות אדם אלא בעקרונות יסוד חוקתיים.

תיקון חוקתי לא חוקתי או שימוש לרעה בחו"י

תיקון חוקתי לא חוקתי

כאשר נעשה תיקון לחו"י שלא מתאים לחוקה מבחינה **תוכנית**. יחול רק במקרים נדירים (עדיין לא נפסל בישראל תיקון חוקתי על היותו לא חוקתי) הוזכר ע"י **מזוז בג'בארין**.

ביניש בבר-און – יש בעיה בשימוש במכשיר התיקון החוקתי הלא חוקתי בישראל משום שעדיין אין לנו חוקה סגורה. מצטטת את ברק באומרו: הסמכות המכוננת של הכנסת מוגבלת במובן שהיא לא מאפשרת פגיעה בליבת הדמוקרטיה או בהגדרת המדינה כיהודית ודמוקרטית.

צ'קליסט חוקתי 2022 אביב יאנקס (*והאסיסטנטית גל בניין) לפי שיר טרי

שימוש לרעה

- **פוגלמן** במרכז האקדמי – אופי החקיקה. הכנסת משתמשת בסמכותה לחוקק חוקי יסוד לרעה (הוראת שעה).
- **חיות בשפיר** – מציעה מבחן דו-שלבי לשימוש לרעה:
 - **שלב הזיהוי**: בוחן האם חו"י נושא את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמה חוקתית (יציבות, כלליות, התאמה למארג החוקתי = תוכני).
 - **שלב הצידוק**: נבחן האם הייתה הצדקה בנסיבות העניין להשתמש במכשיר החוקתי של חקיקת חו"י – להתחשב בנסיבות חריגות ובמידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות אדם.
- **ברק ארז בשפיר** – לא מסכימה למאפיין ההתאמה למארג החוקתי שבשלב הזיהוי של חיות משום שהוא גורם להעדפה של נורמות ישנות על פני נורמות חדשות. בנוסף, מתנגדת למבחן הצידוק של חיות בטענה שהוא מעניק יותר מדי שק"ד לביהמ"ש. מציעה במקום אמת מידה של **מובחנות** – אסור לעשות שימוש בסמכות המכוננת כדי לפלוש לתחומיה של אחת מהרשויות: מחוקקת, מבצעת, שופטת.
- **סולברג במיעוט בשפיר** – מתנגד למאפיין המארג החוקתי של חיות. לדעתו יש להסתפק במבחן הצורני.

חקיקה ראשית

מתי נבחן את החוק?

- פרופ' **ספיר** – א-פוסטורית, לאחר שהושלם תהליך החקיקה – כך נהוג בשיטת המשפט הישראלית.
- **בנדור** במאמר "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" – מציע שבמקרים של פגם בהליך החקיקה להחיל ביקורת שיפוטית אפריורית, לפני השלמת החקיקה.

פסילת החוק או חלקו:

- **רק אם הדבר מנוגד להוראה כלשהי הכלולה בחו"י.**
- **רק אם אין הגנה של שמירת דינים:**
 - ס' 10 לחו"י כהאו"ח : חו"י חל על כל מה שהתקבל אחריו, גם על תיקונים לחוק אפילו אם הם מיטיבים – **קדמי במיעוט בצמח**.
 - ס' 10 לחו"י **חופש העיסוק**: הוראת שמירת דינים שהוארכה ופקעה ב-2002.
 - יש לפרש את החוקים הישנים ברוח חוקי היסוד, אך אין לבטלם – **ברק בגנימאת. חשין** טוען באותו פס"ד שאין לתת פירוש חדש לחוקים ישנים.
- **ברק באוביטר ובמיעוט בלאו"ר** – ניתן לבטל חוקים אם הם עומדים בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה.

התנגשות בין חוקי יסוד

דורנר בפלונית – נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית. **ברק** מציע איזון אופקי בין זכויות היסוד.

חוק ההסדרים

בייניש במגדלי העופות – עצם השימוש בחוק ההסדרים לא מהווה פגיעה חמורה בעיקרון ההשתתפות. בדר"כ אין מקום להגיד ששימוש בחוק ההסדרים מהווה פגם בהליך החקיקה. בנוסף קובעת כי השימוש בחוק ההסדרים מצוי במתח, ואף עשוי להפר את **בלל ההסדרים הראשוניים**.

תקנות לשעת חירום

- ס' 38 **לחו"י הממשלה** – הכנסת רשאית להכריז על מצב חירום. במקרה חריג שבו לא ניתן לכנס את הכנסת, הממשלה יכולה להכריז על מצב חירום שיהיה בתוקף עד 7 ימים – או עד ביטולו על ידי הכנסת. אם עדיין אי אפשר לכנס את הכנסת – אפשר להעריך עד 7 ימים כל פעם.
- **ברק בשניצר** – ביהמ"ש מפקח פיקוח מהותי על תקנות ההגנה. תקנות אלו יש שיתפרשו על רקע עקרונות היסוד של השיטה. כל דבר חקיקה יתפרש על פי עקרונות היסוד של השיטה בין אם הוא בטחוני ובין אם לא. מבצע איזון אנכי (לפני 92, היום פסקת הגבלה). לא פוסל את תקנות ההגנה אלא החלטות מתוכן.
- לפי ס' 39 **לחו"י הממשלה**:
 - הממשלה רשאית להתקין תקנות לשעת חירום.
 - אם אי אפשר לכנס את הממשלה – רה"מ רשאי בעצמו, או להאציל לשר.
 - יכולות לשנות כל חוק, תקנה, החלטה ובלבד שאין בחוק סייג המגן עליו מפני תקנות לשעת חירום.
 - תקנות שעת חירום לא יכולות למנוע: פניה לערכאות, ענישה למפרע.
 - לא יכולות להתיר פגיעה בכבוד האדם.
 - ניתן להתקין תקנות שעת חירום רק אם מצב החירום מחייב התקנת התקנות.

צ'קליסט חוקתי 2022
אביב יאנקס (*והאסיסטנטית גל בניין) לפי שיר טרי

- תוקפן עד שלושה חודשים, ניתן להאריך.
- אם מצב החירום מסתיים, יחולו עד לסיום תוקפן, אך לא יותר מס' יום לאחר סיום מצב החירום, אלא אם הוארכו בחוק.
- **לוי בפורז** – אין להשתמש בתקנות שעת חירום אם יש אפשרות לחוקק בחקיקה ראשית כדי למנוע ניצול של כוח התקנות.
- **חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים); חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים; חוק המאבק בטרור; חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.**
- **פרוקצ'יה בפחימה** – מעצר מנהלי הוא אמצעי חריג שיש להפעילו רק במצבי קיצון, בהם הסכנה לביטחון המדינה והציבור היא סכנה ממשית וקרובה לוודאות.
- **חשין בשנסי** – (בהשאלה מחוק הפיקוח) רק כאשר יש מניעה מעשית לעגן את המדיניות השלטונית בחקיקה אך יש צורך דחוף בהחלטה, ניתן להשתמש בצווים מכוח תקנות שעות חירום.
- **בייניש בפלונז** – לא מכריעה בשאלה האם ס' 7 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים הוא חוק שמאפשר שימוש בעצורים כקלפי מיקוח משום שהמדינה עדיין לא השתמשה בחזקה שהם מסוכנים אלא הוכיחה את מסוכנותם.

חקיקת משנה

שאלת ההסמכה הכללית – האם החקיקה הותקנה מתוך סמכות?

- ניתן לפסול גם ללא סתירה לחו"אם הדבר פוגע בזכויות אדם.
- הסדרים ראשוניים לא יקבעו בחקיקת משנה אלא רק בחקיקה ראשית – **ברק ברובינשטיין**.
- רשות מנהלית יכולה לעשות רק מה שהוסמכה לעשות לפי חוק – **חשין האב בבז'רנו ושמגר במיטרני**.
- נדרשת הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית בכדי לפגוע בזכויות – **שמגר במיטרני** (בהמשך גם בפסקת ההגבלה).

כלל ההסדרים הראשוניים

גרונים במרכז האקדמי מעלה סוגיות בנוגע לחוקתיותו של כלל ההסדרים הראשוניים. מציג 2 גישות:

- מצטט את **דותן** ואת **גידי** אשר לדעתם אין להעניק מעמד חוקתי.
- מנגד, מצטט את **ברק** אשר לדעתו מהרגע בו נחקקו חוקי היסוד, אם הרשות המבצעת מנסה לקבוע הסדרים ראשוניים – ניתן לבטל. צריכים להיות מעוגנים בחקיקה ראשית.
- בסופו של דבר לא מכריע בשאלת החוקתיות.

חקיקת משנה של הכנסת

ביקורת זהה לביקורת שמתקבלת על חקיקה ראשית, משום שהיא מתקבלת בהליך דומה – **ריבלין** בתנועה לאיכות השלטון.

תקנון הכנסת

- רק במקרה חריג שבו הוראה בתקנון הכנסת מכילה פגם מהותי היורד לשורש עקרונות היסוד והדמוקרטיה תופעל ביקורת שיפוטית – **שמגר בכהנא נ' יו"ר הכנסת**.
- עקרונית ניתן לפסול חיקוק בשל הפרה של תקנון הכנסת בעניין הליך החקיקה – **ברק בנמרודי**.

פעולה מנהלית

רשות מנהלית:

- האם יש הסמכה לביצוע המעשה – **חשין האב בבז'רנו**.
- האם הופעל שק"ד מנהלי (סבירות, מידתיות, שיקולים ענייניים) – **אגרנט בקול העם**.
- **הממשלה**: פועלת מתוקף סמכות שיורית – ס' 32 לחו"א הממשלה –
 - בכפוף לכל דין.
 - אם הסמכות לא הוטלה על רשות אחרת.
- **סייגים**: אין לפגוע בזכויות אדם מכוח סמכות שיורית – **דורנר בקריית גת**.
- סמכות שיורית לא כוללת ההסדרים ראשוניים, הם צריכים להיות מעוגנים בחקיקה ראשית – **ברק בוועד הציבורי נגד עינויים**.

האצלת סמכויות

- אנשים פרטיים יכולים למלא פונקציות שלטוניות למרות שלא מדובר בסמכות שלטונית מואצלת – **מצא בפלק**.
- יש גרעין קשה של סמכויות שלא ניתן להאציל לגורמים פרטיים (מגמת נסיגה) – **בייניש בחטיבת זכויות האדם** (כלא פרטי).

עניינים פנים-פרלמנטריים

החלטות מעין שיפוטיות

- **ברק בפנחסי** – יש להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות מעין שיפוטיות (כמו הסרת חסינות).
- **לנדוי במיעוט בפלאטו** – אין להתערב, מדובר בעניין פנימי של הכנסת.

ועדת האתיקה

התערבות בהחלטותיה תהיה פחותה, למרות שזה מעין שיפוט, היות וזה יותר קרוב לעניינים פנימיים – **ברק במח'ול**.

ניהול עניינים פנימיים

- התערבות לפי **ברק בהלכת שריד** –
 - היקף הפגיעה במרקם החיים הפרלמנטריים.
 - מידת הפגיעה ביסודות המבנה הדמוקרטי.
- מבחן הסמכות הפונקציונלית – **אלון בכהנא 85**.
- התערבות וקביעת ביהמ"ש עבור יו"ר הכנסת לפי הלכת שריד – **חיות באדלשטיין**.

פגם בהליך החקיקה

- התערבות בהליך החקיקה בשל אי עמידה בעקרונות שאינם כתובים – רק במקרה של פגיעה חמורה המהווה פגיעה בשורש ההליך.
 - **בייניש במגדלי העופות** קובעת עקרונות מהותיים בהליך החקיקה –
 - הכרעת הרוב; שוויון; פומביות; השתתפות.
- **סולברג בקוונטינסקי** מרחיב את עקרון ההשתתפות (פעם ראשונה שנפסל חוק בגלל פגם בהליך בלתי כתוב) –
 - האם נמנעה האפשרות לדעת על מה מצביעים?; האם נמנעה האפשרות לגבש עמדה?
- **ברק בנמרודי** – אם יתברר שבמסגרת הליך החקיקה נעשתה טעות, ביהמ"ש מוסמך להכריז על בטלות החוק.
- הצעת חוק – לשים לב האם מדובר בהצעה של הממשלה או של הכנסת – בשני המקרים יש צורך **ברוב בשלוש קריאות** במליאה ודיון בוועדה, אך בהצעה של הכנסת יש צורך גם **בקריאה טרומית**. בהיעדר אחד השלבים/באם נופל פגם היורד לשורש ההליך, ההצעה לא תתגבש לדבר חקיקה וביהמ"ש מוסמך להכריז על בטלות.

הסכמים קואליציוניים

- שפיטות: ביהמ"ש מוכן לדון בהם – **ברק במיעוט בולנר**, **חשין ברוב** – ניתן לקבוע הסכם פוליטי לא שפיט.
- סעד: לא ניתן יהיה לאכוף את ההסכמים (הדבר עשוי להיות מנוגד לאינטרס הציבורי ואז אפשר לייבא את הלכת ההשתחררות מהמשפט המנהלי), הסעד יהיה הצהרתי – **אלון בז'רז'בסקי**.
- לעניין סעיף עוקף דמוקרטיה: **ברק במיעוט בולנר** – ניתן לבטל. **חשין ברוב** מתנגד – טוען כי מדובר בחלק ממצעה של המפלגה. **ברק** טוען כי אם במצעה של מפלגה הייתה פגיעה בהפרדת הרשויות, ניתן היה לפסול אותה מראש.

שלב א' – איזו זכות נפגעה והאם יש פגיעה?

סדר פעולות

- **לציין בקצרה מה העותר רוצה**: פסילת דבר חקיקה; ביטול/שינוי החלטה; פיצוי כספי; צו לעשייה.
- **הסעד שיינתן**: דנים בכך בסוף הניתוח – **שלב ג'**.
- **ציון הזכות והאינטרס שנפגע**
- **האם מדובר בזכות חוקתית?**
 - **היקף ההגנה על הזכות** – נקבע באמצעות הרציונלים והמעמד של הזכות – מוביל **לשלב ב'**.
 - **מופע הזכות** – האם זו זכות **במופע חיובי** (כל אדם זכאי) או **במופע שלילי** (אין פוגעים)? כשזו זכות שלילית הרבה יותר קשה לפגוע בה.
- **מהי עילת התקיפה?**
 - סתירה שלא כדין של אחד מחוקי היסוד (בכפוף למגבלות המפורטות).
 - פעולה בניגוד להוראה חוקית רגילה (ראשית, משנית, פסיקה).
 - פעולה שנעשתה כדין תוך סתירה חמורה של עקרונות היסוד של השיטה:
- **ברק במיעוט במיטראל ובלאו"ר** – שוויון הוא מעקרונות היסוד של השיטה ועל כן ניתן לפסול חוק הפוגע באחד מעקרונות היסוד.
- **האם יש שלילה או הגבלה של זכות**

צ'קליסט חוקתי 2022
אביב יאנקס (*והאסיסטנטית גל בניין) לפי שיר טרי

- נטל ההוכחה: **זמיר בזקין** – כשחזקת החוקיות של הפעילות השלטונית עורערה, נטל ההוכחה שהיא חוקית עוברת רשות.
- אמיתי נ' שר המדע – חזקת התקינות – הנחת המוצא להחלטות שלטוניות היא שהם תקינות.
- בשלות: האם ישנה בשלות ותשתית ראייתית מספקת? **נאור בתיכון הערבי האורתודוקסי**.

הזכויות השונות

*יש לברור בין מופע חיובי ושלילי של הזכות.

הזכות לכבוד

רציונלים:

- כבוד כמניעת השפלה – **כהן בקטלן**.
- כבוד באוטונומיה (יחס מוסרי) – **אור בדעקה, לוי בלשכת עו"ד**.

מעמד:

חו"י כהאו"ח – ס' 2 (אין פוגעים), ס' 4 (כל אדם זכאי).

היקף:

- פגיעה בשלמות הגוף – **כהן בקטלן**.
- פגיעה באוטונומיה – **אור בדעקה, לוי בלשכת עו"ד, ברק ארז בעדאלה**.

זכויות נגזרות:

- שוויון (כמניעת השפלה וכוטונומיה).
- חופש דת וחופש מדת (אוטונומיה, כמניעת השפלה).
- חופש התנועה (כבוד אוטונומיה) – **ברק בחורב**.
- קיום מינימלי לחיים בכבוד – **ברק בגמזו, בייניש בחסן**.

ארבל בעדאלה – לא כל פגיעה באוטונומיה תוכר כפגיעה חוקתית. לפני החלת פסקת ההגבלה נבחן את:

- מהות הבחירה שנשללת מהפרט (אוטונומיה).
- מידת הכפייה ושלילת הרצון (אוטונומיה ומניעת השפלה).

זכויות חברתיות

רציונלים ומעמד:

- זכויות חיוביות – ברוב המדינות זכויות אלה לא מעוגנות בחוקה. בארץ – בעבר לא דנו בהן ובאחרונה המגמה היא לדון בהן ובמקרים מסוימים אף לתת להן "שיניים".
- המעמד לא חד משמעי. חזק יותר ככל שהזכות נגזרת מזכות מנויה.
- פסילת חקיקה ראשית עקב פגיעה בזכות חברתית – **חסן, גמזו** – הכרה בהן כחלק מהזכות לכבוד.

מחלוקת באשר להיקף:

- **גרונים ברובינשטיין** – דוגל בריסון שיפוטי ובצמצום בהכרה בזכויות חברתיות (שיקולים תקציבים שאינם ידועים לביהמ"ש, שיקולים פוליטיים שאינם תפקיד ביהמ"ש).
- **גיא מונדלק בזכויות חברתיות** – זכויות חברתיות אינן ראויות להיות זכות וזכות חוקתית (תלויות בתפיסת עולם חברתית שנויה במחלוקת).

זכויות חברתיות שהוכרו כנגזרות:

- תנאי מחייה מינימליים בכבוד – **גמזו**, רק מופע שלילי של הזכות. **ברק בעמותת מחויבות לשלום, לוי** מתנגד בטענה שקשה להוכיח את הפגיעה בה.
- הזכות לחיים בכבוד – **בייניש בחסן** – מופע חיובי של הזכות.
- חופש הדת – **שמגר בפסרו גולדשטיין, ברק בשביט**.
- חופש מדת – **ברק בשביט**.
- הזכות לבריאות; חינוך; דיור (לא נלמד).

לא נכלל: איכות הסביבה **לוי בעמותת מחויבות** (מודל רחב של הזכות לקיום אנושי בכבוד).

חופש העיסוק

רציונלים:

- פרנסה - חשין האב בבז'רנו.
- אוטונומיה (מימוש עצמי) - דורנר באיגלו, ברק לשכת מנהלי השקעות.
- תחרות חופשית בין פרטים - לוין בכלל ומגדל.

מעמד:

חו"י חופש העיסוק.

מידת ההגנה היא בהתאם לרציונל - אם הרציונלים נענו, יש הגנה - דורנר באיגלו.

מקרים מיוחדים:

- פגיעה מהותית אף שאינה פורמלית בעיסוקו של אדם שעיסוקו תלוי במדינה והיא מהווה עליו מונופול תיחשב - לם. ברק מוסיף: לרוב הזכות היא הגנתית (הזכות לעסוק) ולא אקטיבית (הזכות להיות מועסק) - אבל פגיעה כזו תהפוך אותה לאקטיבית.
- פגיעה כפולה של חוק חורג בחוק יסוד אחר ברק במישראל - אם חוק יסוד פוגע גם בחופש העיסוק וגם בכבוד האדם וחירותו, החוק החורג חוקתי אם:
 - הפגיעה בזכויות אחרות היא תוצאת לוואי מתבקשת.
 - הפגיעה העיקרית היא בחופש העיסוק ובזכויות האחרות הפגיעה משנית.
 - הפגיעה בזכות האחרת לא ממשית.
- באם תנאים אלו מתקיימים, לא ניתן להחיל את פסקת ההגבלה. נבדוק בפסקת ההתגברות.

פסקת ההתגברות: (ס' 8 לחו"י חופש העיסוק)

- חוק שהתקבל ברוב של חברי כנסת.
- נאמר בו במפורש שתקף על אף האמור בחו"י.
- תוקף של ארבע שנים.

חופש הדת וחופש מדת

רציונלים:

- מצפון - עשייה או הימנעות מעשייה מתוך האמונות העמוקות ביותר של האדם - הדת וציוויה הן דוגמא מובהקת לכך. בהכרח לא פעולה של צד ג':
 - ברק בחורב - סגירת רחוב או פתיחתו לא מונעת את מצוות הדת
 - ברק בשביט - חברה קדישא לא חורטים בעצמם אז אין פגיעה. אנגלרד במיעוט - הפסיקה בניגוד לדעת הרבנים ולכן פוגעת בחופש הדת מבחינת מצפון (מערער את טענת צד ג').
 - ברק בגור אריה - לא מחייבים את הדתיים לצפות בתשדיר בשבת ולכן אין פגיעה בחופש הדת והמצפון שלהם. דורנר במיעוט - פסיקה בניגוד לדעת הרבנים פוגעת בחופש הדת שלהם.
- תרבות - גידי וסטטמן בחופש הדת חופש מדת והגנה על רגשות הדתיים - תרבות רחבה ממצפון.

היקף ומשקל:

- היקף רחב ומשקל נמוך - חופש הדת במובנה של הזכות לתרבות (יכולה גם להופיע במופע חיובי). שמגר בפסרו גולדשטיין - פגיעה בתרבות של הקבוצות הרפורמיות שהן מיעוט בישראל.
- היקף מצומצם ומשקל כבד - חופש מדת במובן של חופש המצפון - רק במופע השלילי של הימנעות מעשייה.

מעמד החופש מדת:

- לרוב נמצא תחת זכות אחרת שנפגעת ונכנס תחת כבוד, פרטיות וכו' - הדרך הנכונה לפי גידי.
- הפסיקה לא אחידה ונוטה לטעון לפעמים לסימטריה (מקום שיש "כפייה דתית" = פגיעה בחופש מדת) - לא נכון לפי גידי. נכניס בדרך כלל תחת פגיעה בזכות לכבוד (השפלה כתוצאה מהיסטוריה חקיקתית).

מקרים מיוחדים:

ברק בחורב, בשביט ובגור אריה מזהה את חופש הדת כפגיעה ברגשות הדת - אינטרס שההגנה עליו פחותה.

חופש הביטוי

רציונלים: **אגרנט בקול העם** ו**אילנה דיין** ב-"המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי".

- מכשיר לגילוי וחקר האמת.
- מכשיר לקידום הדמוקרטיה.
- מימוש עצמי- אוטונומיה.

מעמד:

- **אגרנט בקול העם** - זכות חוקתית טבעית שנגזרת מאופייה הדמוקרטי של המדינה.
- **דורנר** בגולן - חלק מהזכות לכבוד אם מדובר בהשפלה.
- **מצא בגולן** - מעוגן בחו" כהאו"ח. ***חשין במיעוט** - לא בטוח שהזכות נובעת מכבוד האדם, אין להיחפז להגדירה כזכות חוקתית.
- **מלצר באבנרי 2** - מקבל מעמד של זכות חוקתית מלאה הנגזרת מהזכות לכבוד (פסילת רכיב בחוק שפוגע בחופש הביטוי).

היקף:

- חופש ביטוי **פוליטי** - יקבל את ההגנה הגדולה ביותר. ***סייג: מלצר באבנרי** - אם הביטוי בא לשכנע הוא יקבל הגנה אך אם מטרתו לכפות, לא יקבל הגנה.
- חופש הביטוי **הגזעני** - **ברק באלבה ובכהנא**. ***סייג: אלבה** - אם הביטוי הגזעני עם כוונת הסתה אפשר לפגוע בחופש לבטא אותו.
- **לשון הרע** - **ברק באבנרי 1** - נעדיף סנקציה מאוחרת על לשון הרע מאשר מניעה מלכתחילה של חופש הביטוי.
- **תמיכה כלכלית** לא נכללת בזכות לחופש ביטוי - **קיסטר באבו-גוש** - אי מימון אינו מהווה פגיעה בחופש הביטוי. **מלצר באבנרי** - לגוף אין זכות קנויה לקבלת מענקים מהמדינה. ***סייג: כהן במיעוט באבו-גוש** - אי מימון בגלל תוכן כן פוגע בחופש הביטוי.
- שימוש בתקנות ההגנה כדי להגביל את חופש הביטוי יעשה רק במקרה של וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה - **ברק בשניצר**.

איזון:

נוסחת איזון אנכית לפגיעה בחופש הביטוי. **אגרנט בקול העם** - חופש הביטוי נגד אינטרס:

- **קרבה לוודאות** (אם הביטוי נוטה להטיף; נסיבות הפרסום; העיתוי).
- **פגיעה ממשית**.

שוויון

רציונלים:

- שוויון **אריסטוטלי** - יחס שווה לשווים ושונה לשונים. **דורנר במילר** - שוני **רלוונטי**; שוני **לתכלית** ראויה. (שתי הדרישות למעשה כלולות בפסקת ההגבלה)
- שוויון **מהותי** -
 - **שוויון הזדמנויות** - המדינה אחראית לייצר נק' פתיחה שווה כדי לקדם את ההזדמנות לשוויון - **שטרסברג כהן במילר**.
 - **שוויון בתוצאה** - אין רלוונטיות לכוונה להפלות אם בסופו של דבר התקבל אי שוויון בתוצאה - **ברק בוועדת המעקב**. ***סייג:** עם זאת התקיימות שוויון הזדמנויות יכול להצדיק שוויון בתוצאה.
- שוויון **כחם לא משפיל** - **דורנר במילר** - הפליה תיחשב לפגיעה בכבוד, באם היא משפילה לצד המופלה, ולכן תיחשב לפגיעה בכבוד כמניעת השפלה.
- **סיווגים חשודים** - גם כשיש שוני רלוונטי לתכלית ראויה עדיין יש השפלה בגלל חיזוק סטראוטיפים ישנים - **דנציגר בפרוז'אנסקי, בייניש בנסר, ברק בוועדת המעקב**. בסיווגים חשודים נחמיר ברמת ההוכחה הנדרשת לשוני רלוונטי.
- שוויון **כביבוד האוטונומיה** - **ברק בתנועה לאיכות השלטון** (חוק טל) - כאשר ההפליה נוגעת לאי-כיבוד האוטונומיה. *ביקורת של **גידי** הקשר בין הפליה לפגיעה באוטונומיה לא הכרחי ולעיתים לא ברור.

מעמד:

- תחולה חלקית, רק כאשר יש השפלה - **דורנר במילר**.
- כאשר יש פגיעה באוטונומיה - **ברק בתנועה לאיכות השלטון** (חוק טל).
- שוויון הוא אחד מעקרונות היסוד של השיטה - **לנדוי בברגמן**.

צ'קליסט חוקתי 2022
אביב יאנקס (*והאסיסטנטית גל בניין) לפי שיר טרי

איך נבחן פגיעה בשוויון האריסטוטלי?

- נבדוק תכלית ראויה כחלק מפסקת ההגבלה –
 - אם יש שוני רלוונטי והתכלית ראויה = אין פגיעה בשוויון (נזהר מהנחת המבוקש).
 - אם אין שוני רלוונטי = יש פגיעה בשוויון.
- נבדוק קשר אמצעי מטרה –
 - אם קיים קשר, ניתן להפסיק בשלב זה (אם יש פגיעה לטובת לא רלוונטי היא בהגדרה לא יכולה להיות מוצדקת, אם לטובת רלוונטי אז אין צורך להצדיקה). * במבחן עצמו עדיין יש להתייחס בקצרה גם למבחני המידתיות האחרים.

זכאות לאזרחות

רציונלים:

- חוק השבות (אזרחות ליהודים ובני משפחתם).
- חוק האזרחות והכניסה לישראל.

מעמד והיקף:

בעבר –

- גיור שנעשה בחו"ל נחשב לצורך מרשם אוכלוסין, ללא תלות בזרם – הלכת ש"ס.
- יש משמעות לרישום, אך ביהמ"ש לא יתערב בהחלטה של הרשות המבצעת לגבי מיהו יהודי – **לנדוי ואגרנט** במיעוט בשליט.
- נישואים אזרחיים שנערכו בחו"ל ייחשבו ברישום בישראל – פונק שלזינגר.
- מי שהתגייר בישראל לא חלה עליו הלכת ש"ס – **ברק בפסרו גולדשטיין**.
- בטרם הגדרה ברורה של המחוקק לעניין – אף גיור לא יוכר. אין זה תפקידו של ביהמ"ש להכריע – **סירקל** במיעוט בנעמ"ת.
- הכרה בגיורים ליברליים שנערכו בחו"ל – **טושביים 2**.
- הכרה בגיור אורתודוקסי בארץ גם אם לא נעשה ברבנות (לגבי זרמים אחרים אין הכרעה) – **רוגצ'ובה**.

כיום –

כל גיור של כל זרם, פרטי או ציבורי, בארץ או בחו"ל, שנעשה בהכרה של קהילה יהודית מוכרת, תקף לצורך חוק השבות – **חיות בדהן**.

לעניין משפחותיהם של יהודים (סייגים לתיקון מ-1970 לחוק השבות):

- רק בני משפחתם של יהודים טרם עלותם ארצה יהיו זכאים (במטרה – למנוע התפצלות בעקבות נישואי תערובת; שמירה על שוויון) – **חשין** בסטאמקה.
- רק אלמנה המקיימת קשר גורל עם העם היהודי וניתן לראות בה כבת זוגו של זכאי שבות, תהא זכאית – **עמית** במרינצ'בה. **מינץ** במיעוט – קיים חוק ברור המפרט מי זכאי ומי לא, ואין לפרשו לפי נסיבות העניין.

לעניין מניעת איחוד משפחות (חוק האזרחות והכניסה לישראל):

- **ברק וחשין** בעדאלה – תכלית החוק בטחונית, העתירה נדחת. **פרוקצ'יה** – התכלית דמוגרפית ולא בטחונית (אין הכרעה).
- **לוי בגלאון** – החוק פוגע באופן שאינו מידתי ואין תכלית בטחונית המצדיקה זו.

זכויות בלתי מנויות

פסיקה רלוונטית שהכלילה/לא הכלילה אותן כנגזרות:

- **ברק ברסלר** – פסילת חוק בגלל פגיעה בשוויון.
- **ברק** בגמזו – הכרה של הזכות לקיום מינימלי בכבוד.
- **בייניש בחסן** – הכרה בזכות לחיים בכבוד.
- לגישת **ברק**, קוראים את הזכויות דרך הזכות לכבוד האדם (זכות מסגרת) בחו"י כהאו"ח.

טיעונים:

- מצד אחד – הזכות לשוויון, בריאות, חינוך, תנאי מחייה מינימליים, חופש ביטוי – הם דרך הזכות לכבוד.
- מצד שני – **הלל סומר** בזכויות הבלתי מנויות – יש לפרש את המושג כבוד ככוונת המחוקק. **דורנר** במילר – לא ראוי לפרש חו"י בצורה שונה מכוונת המכונן.

הנפקא מינה של זכויות בלתי מנויות:

אם זכות לא מנויה ולא נגזרת, אי אפשר לפסול בגינה חקיקת ראשית.
אינטרסים: פגיעה ברגשות, אינטרסים מדינתיים (העברת תקציב, סדר ציבורי, ביטחון המדינה)
זכויות פוליטיות: חופש האספה והתלכודת, חופש ההתאגדות, חופש השביתה וההשבתה.

שלב ב' – בהנחה שיש פגיעה, האם היא כדוין?

אם קיים מנגנון איזון בחוק, כלומר – החוק מציין חריגים, ניתן יהיה לטעון שהוא מאוזן ומידתי וביהמ"ש לא ייטה לפסול במהירות.

כיצד נבחן את הפגיעה?

- ***ליון בדיין** – אין עדיפות לזכויות מנויות על פני זכויות שאינן מנויות.
- זכויות מנויות/נגזרות = **פסקת ההגבלה**.
- זכויות שאינן מנויות/אינן נגזרות = **פסקת ההגבלה/נוסחת איזון הלכתית** – אופקי/אנכי (האנכי נכלל בפסקת ההגבלה).
- חוק פוגע = **פסקת ההגבלה**.
- החלטה/תקנה = **פסקת ההגבלה/נוסחת איזון הלכתית** – אופקי/אנכי (האנכי נכלל בפסקת ההגבלה).

נוסחות האיזון ההלכתיות

- **איזון אנכי:**
 - לרוב בין זכות לאינטרס – **ברק בחורב**.
 - הכרעה בין ערכים (כמעט תמיד הזכות מכריעה).
 - מבחני האיזון האנכי – **ברק בדיין**:
- **הסתברות** – ודאות קרובה לפגיעה באינטרס; **עוצמה** – נזק ממשי לאינטרס.
- **איזון אופקי:**
 - אם הערכים המתנגשים שווים ואפשר לפשר ביניהם ננסה לייצר פשרה.
 - ***גידי** – האידיאל הוא להתחיל עם איזון אופקי ולעבור לאנכי. במבחן כנראה אין צורך לאופקי, ובפועל, האיזון האנכי מיטיב יותר עם הזכות.

פסקת ההגבלה

ס' 8 לחו"י כהאו"ח, ס' 4 לחו"י חופש העיסוק.

דרישת ההסמכה (רלוונטי אם לא מדובר בחוק)

- **גישת ההסמכה המפורשת:**
 - נדרשת הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית ספציפית לפגיעה – גם הסמכה להתקין תקנה או החלטה וגם הסמכה מפורשת לפגוע – **שמגר במיטוני, דורנר בלם, ברק ברובינשטיין, בייניש במפקד הלאומי, פוגלמן באבו ערפה**.
 - ***אורן גזל ב** – "פגיעה בזכויות יסוד בחוק או לפי חוק", טוען לצמצום גישה זו, בגלל שהיא מצרה את צעדי הממשלה.
- **גישת תכלית החוק:**
 - אם תכלית החוק מחייבת פגיעה בזכות, ניתן לפגוע גם בהיעדר הסמכה מפורשת – **אורן גזל**.
 - נבחן האם הפגיעה מתבקשת להשגת התכלית על ידי בחינת קשר אמצעי מטרה.
- **גישת הכללים הרגילים:**
 - הסמכה רגילה לפי כללים מנהליים – **אורן גזל**.
- **"הגישה הגמישה":**
 - **בייניש במיעוט במפקד הלאומי** – ככל שעוצמת הפגיעה ומעמד הזכות גבוהים יותר, כך תידרש הסמכה מפורשת יותר.
 - 3 תנאים לפי פס"ד זה לאישור חוקתיות פגיעה של חקיקת משנה בזכות: הסמכה מחקיקה ראשית; עמידה בכלל ההסדרים הראשוניים; עמידה בפסקת ההגבלה.

הלימה לערכי המדינה

- מדינה יהודית – **ברק בדיין**.
- מדינה דמוקרטית – שלטון העם, שלטון הערכים הדמוקרטיים של השיטה. **בייניש בחטיבת זכויות האדם** – הפרדת רשויות.
- הרמוניה והלימה בין יהדות לדמוקרטיה – **ברק בדיין**.
- *כדי לבטל חוק בעילה זו נדרשת פגיעה חמורה בנסיבות חריגות – **בייניש בחטיבת זכויות האדם**.

צ'קליסט חוקתי 2022
אביב יאנקס (*) והאסיסטנטית גל בניין) לפי שיר טרי

תכלית ראויה

- **ברק** בתנועה לאיכות השלטון – שני מבחנים לתכלית ראויה:
 - מה המאפיינים של התכלית שמצדיקים פגיעה בזכויות אדם?
 - מה מידת הצורך בהגשמת התכלית?
- **ברק** בתנועה לאיכות השלטון – תכלית ראויה צריכה להגשים מטרות חברתיות ולגלות רגישות לזכויות האדם.
- **ברק** בשטיין – דרישה לאיזון בין האינטרס לבין זכויות האדם באמצעות שני מבחנים (אנכי):
 - הסתברות קרובה לוודאות שתקיים פגיעה.
 - ממשות ועוצמת הפגיעה.
- **בייניש** בחטיבת זכויות האדם – תכלית ראויה היא קידום אינטרס ציבורי חשוב.
- **ברק** בתנועה לאיכות השלטון – עוצמת התכלית הראויה משתנה לאור זהותה של התכלית הנפגעת. במקרה של פגיעה בזכות חשובה – ניתן לעשות זאת רק כאשר ישנה מטרה חברתית מהותית או צורך חברתי לוחץ.
- **ארבל** בא.ס.ף – תכלית הרתעתית אינה תכלית ראויה.
- **פוגלמן** בא.ס.ף – במצב בו יש תכלית סופית ברמת הפשטה גבוהה ותכליות ביניים, אין להסתפק בתכלית הסופית, יש לבחון גם את תכליות הביניים.
- **ארבל** בא.ס.ף – הגנה על זכויות אדם עולה כסף (כתגובה לטענה תקציבית/כלכלית).

מידתיות

שלושה מבחני מידתיות:

- מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה – האם האמצעי מתאים להשגת התכלית? *לטעון לשני הצדדים.
- מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – ניתן למצוא אמצעי פוגעני פחות להגשמת המטרה – **ארבל** בא.ס.ף ובייניש בחסן.
- מבחן התועלת מול נזק במובן הצר – האם התועלת שבקידום האינטרס עולה על הנזק הנגרם מהפגיעה בזכות.
 - תועלת כללית מול נזק כללית – מוחלט.
 - תוספת תועלת מול תוספת נזק – **ברק** בבית סוריק. נבדוק את יחס תועלת – פגיעה, אל מול אמצעים אפשריים אחרים. נבחר בדלתא הנמוכה של הפגיעה.
- * ניתן להכניס במבחן זה גם איזון אנכי בכדי לבחון את הסתברות הפגיעה – **עמית** באבנרי, **נאור** בפלוני.

דווקניות המבחנים:

דורנר בתנופה – מבחני המידתיות אינם דווקניים, יש שק"ד לרשויות לקבוע מתחם מידתיות ודי כי האמצעי הנבחר ימצא במתחם זה.

שלב ג' – מהו הסעד?

ביטול

סוגי בטלות:

- בטלות **רטרואקטיבית** = ממועד חקיקת החוק.
 - בטלות **אקטיבית** = מרגע זה והלאה.
 - בטלות **פרוספקטיבית** = מנקודה מסוימת בעתיד – **זמיר** בצמח.
- גולדברג** באגודה לזכויות האזרח – לביהמ"ש יש גמישות בבחירת הבטלות. יש להתחשב בהסתמכות ובציפיות הסבירות – לכן חוק יכול להיות תקף במקום אחד ובטל במקום אחר.

היקף הביטול:

- **בטלות מוחלטת** = לא היה לחוק תוקף – ביהמ"ש רק מכריז על בטלות. *סייג: גם למודל זה יש חריגים. **גולדברג** באגודה לזכויות האזרח – אם החוק הוחל רטרואקטיבית בלבד אין לבטלו.
- **נפסדות** = קיים כל עוד ביהמ"ש לא ביטל אותו – אקט אקטיבי.
- **בטלות יחסית** = מודל גמיש – מכיל בתוכו את הנפסדות והבטלות המוחלטת, וגם את האפשרות לבטל באופן חלקי בהתאם לנסיבות מסוימות או אנשים מסוימים. לדוג' עקרון העיפרון הכחול – **חשין** בגניס – מי שהסתמך על החוק יקבל ומי שלא לא יקבל. ***גידי** – במקום להשתמש בעיקרון זה, היה מקום להשתמש במודל הבטלות היחסית.

פרשנות

- קריאה לתוך החוק/ההסדר – לא מבטלים את החוק אלא מרחיבים/משתילים בו דברים כדי למנוע את הפגיעה – **חיות במיעוט בליאת משה, בייניש בנסר**.
 - צו לשינוי החלטה/צו/תיקון החוק – **בייניש בנסר** – באם החוק לא יתוקן, ביהמ"ש יוציא צו לתיקון החוק.
- * סייגים: האם ההרחבה תואמת את עקרון החוק ומגשימה את כוונת המחוקק מבלי לשנות את התכלית?; מה מידת ההרחבה הנדרשת?; האם הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע?; מה תהא עלות הרחבת ההסדר?

פיצויים

כסעד נזיקי/חוקתי: לעתים פקודת הנזיקין יכולה לפתור את המדינה מחבות (קש"ס וכו') ולכן עולה אפשרות ליצור סעד פיצויים חוקתי. הדבר עוד לא קרה בישראל אבל נדון ע"י **נאור בישועה** – פיצויים יתקבלו מכוח עוולה חוקתית רק כאשר לא ניתן לקבלם בדרך אחרת (תיקון החוק או פיצוי נזיקי לא ישפר את מצב הנפגע). סעד של פיצויים יתקבל במקום בו הכנסת יצרה נורמה שפגעה באזרח וגרמה נזק בלתי הפיך.

איזה תותחים אנחנו אמאלה 100 בדוק תראו הגענו לסוף שיאללללללההההההה 1!!!!